LA GAZETTE DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ ET DU DROIT PUBLIC DES AFFAIRES

JUILLET 2013

Nº 21

La Lettre d'information du groupe

GB2A

www.gb2a.fr

SOMMAIRE

1 | Édito
3 | Le mode de financement des collectivités territoriales
6 | Marché de conception-réalisation mode d'emploi
8 | L'économie verte en temps de crise : comment verdir l'investissement?
10 | PPP : petits équipements ou grandes infrastructures
11 | Risque contentieux et contrat de partenariat
12 | Les actualités du cabinet

LA GAZETTE DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ
est une publication de la SELARL GB2A, société au capital de 100 000 € – RCS Caen 494 009 731 Siret 494 009 731 000 63 APE 6910Z TVA FR 58494009731; dont le siège social est situé 7, place Gardin 14000 CAEN – France Courriel : secretariat@gb2a.fr – www.gb2a.fr
Directeurs de publication : *G. BERKOVICZ et B. MAJZA*
Mise en page : *L'Ivre d'images sarl*
Diffusion : *GB2A*
Photos Depositphotos®, DigitalVision™ et PhotoDisc®
Les articles publiés ici n'engagent que leurs auteurs.

ÉDITO

Par Me **Grégory BERKOVICZ**

PPP : LE TEMPS DE LA SÉRÉNITÉ

Derrière le débat, d'abord relayé par les adversaires historiques des partenariats public-privés (PPP) lors de l'arrivée au pouvoir du Président de la République et du nouveau gouvernement, il y a un an, puis apaisé par le discours de M. François Hollande sur la bonne utilisation des outils de la commande publique, se cachait en réalité une mise en cause plus profonde de la politique d'investissements publics de l'État. En effet, après la politique de grands travaux initiés par le précédent locataire de l'Élysée, on a pu observer un gel de nombreux programmes envisagés par l'État (plan Campus, projets hospitaliers, infrastructures de transports...).

Malgré la création du Commissariat général à l'investissement, les secteurs visés peinent pour le moment à voir les grands projets se concrétiser (Développement durable, Enseignement, Numérique).

Toutefois, ce ralentissement – momentané? – des grands investissements d'État relève plus du symbolique qu'il n'impacte la réalité économique, tant il est vrai qu'aujourd'hui la grande majorité de l'investissement public est réalisé par les collectivités territoriales (70 % au sens de l'INSEE en 2011). Or, ces dernières n'ont pas renoncé à investir et commencent à maîtriser l'ensemble de la palette de la commande publique, dont les PPP constituent un maillon désormais essentiel. Elles ont acquis ces dernières années une réelle capacité d'ingénierie juridique et financière et savent de mieux en mieux appréhender les risques d'un contrat mal négocié ou de **contentieux trop peu anticipés**[1]. Reste que ces dernières doivent faire face à plusieurs contraintes : l'attitude traditionnellement méfiante du juge financier à l'égard des services territoriaux s'agissant de la gestion de projets complexes, le resserrement de marges financières résultant de la récession économique actuelle et, enfin, de

manière plus conjoncturelle, le cycle électoral 2014/2015 qui obère le lancement de nouveaux projets. **Leurs stratégies d'investissement traduisent ces difficultés**[2].

Dans ce contexte, pourtant, on peut observer des raisons de demeurer optimistes : l'abandon des idées avancées un temps d'une pénultième **complexification du code des marchés publics**[3] dont chacun constate déjà le caractère de plus en plus « cabalistique », les initiatives soutenues par la fédération des entreprises publiques locales concernant la création d'un modèle français de PPP institutionnalisé, sous la forme de la SEM-contrat, le courage de nombreux élus qui, malgré les contraintes précitées, lancent de nombreuses initiatives mêlant investissement public et investissements privés dans des domaines tels que l'aménagement urbain durable (comme en témoigne la dernière réunion de travail du Club des PPP avec Michel Destot le 21 mai 2013), les infrastructures de transport (Tram de Dijon, concession du port de Mayotte...) ou les équipements sportifs et de loisirs, **d'intérêt régionaux ou de proximité**[4].

Enfin, s'agissant des promesses de la « **nouvelle économie verte**[5] » issues du Grenelle de l'Environnement, malgré des difficultés évidentes de montée en puissance, les tâtonnements actuels de nombreux acteurs publics locaux en la matière démontre une envie réelle de passer du discours aux actes. Le groupe GB2A travaille actuellement avec de nombreux acteurs, privés et institutionnels, pour proposer aux collectivités territoriales et à l'État des solutions innovantes et opérationnelles en la matière. ■

[1] Voir l'article de Me Clémence Lapuelle
[2] Voir l'article de Me Sandrine Landrix
[3] Voir l'article de Me David-André Camous
[4] Voir l'article de M. Eric Lepont
[5] Voir l'article de Mme Virginie Thévenot

GB2A AVOCATS

LES MODES DE FINANCEMENT DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES HISTORIQUE, ÉVOLUTIONS ET PERSPECTIVES

Par **Sandrine LANDRIX**, Avocat GB2A

LE RECOURS À L'EMPRUNT BANCAIRE, UN MODE DE FINANCEMENT EN PLEINE MUTATION

Lorsque les ressources propres ne permettent pas de couvrir l'intégralité du besoin de financement, les collectivités recourent alors à l'endettement[1]. Ces dix dernières années, les conditions de marché attractives, la bonne capacité de désendettement dont bénéficient les collectivités et la quasi absence de défaut de celles-ci vis-à-vis des banques[2] ont instauré un climat de confiance permettant aux collectivités de bénéficier d'un montant annuel d'emprunts bancaires compris entre 10 et 20 milliards d'euros.

La crise financière a cependant révélé les risques encourus par certaines collectivités territoriales du fait de la conclusion de **produits structurés** et plusieurs mesures ont été prises par le gouvernement[3]. Une charte de bonne conduite, appelée charte « Gissler » a été signée par les principaux établissements bancaires et les associations d'élus locaux en décembre 2009. Ce document se fonde sur une évaluation des risques se traduisant par une échelle de cotation, laquelle doit permettre aux élus de coter les risques inhérents à tout produit financier. Par ailleurs, une circulaire interministérielle du 25 juin 2010 a rappelé les règles applicables aux produits d'emprunts souscrits par les collectivités territoriales. Ce dispositif a été renforcé par la création de cellules départementales de suivi de la dette autour du préfet et des directeurs régionaux et départementaux des finances publiques[4].

Ces mesures ont néanmoins une valeur normative limitée et le cadre juridique et comptable applicable à la gestion de la dette des collectivités locales reste inchangé. **Une tendance vise à réglementer plus strictement les conditions d'emprunt**, en interdisant la souscription de certains produits ou en fixant une liste limitative de produits financiers autorisés. Dans un souci de maîtrise des risques financiers, les emprunts classiques sont actuellement privilégiés (emprunt à taux fixe ou à taux variable, crédit « revolving »).

Par ailleurs, les conditions très favorables d'accès au crédit dont bénéficiaient les collectivités locales sont remises en cause par des facteurs conjoncturels – condi-

tions de marché – et structurels du fait des nouvelles règles prudentielles (Bâle III) et de la recomposition de l'offre bancaire[5]. En effet, les **accords de Bâle III** se traduiront dès 2013 par des exigences de fonds propres plus élevées pour les banques. En outre, les futurs ratios de liquidité rendront difficile l'adossement de prêts longs faits aux collectivités à des ressources courtes levées à moindre frais sur le marché interbancaire. Ces contraintes réglementaires futures ainsi que la moindre concurrence à la suite de la restructuration de Dexia Crédit Local, qui était le premier prêteur du secteur public local, ont un impact sur les conditions d'octroi du crédit, notamment en termes tarifaires.

Afin de sécuriser dans la durée l'offre de financement aux collectivités, le gouvernement a décidé la création d'une **nouvelle banque publique**, coentreprise entre la Banque Postale et la Caisse des Dépôts et Consignations[6], ayant vocation à couvrir entre 20 % et 25 % du marché, ne répondra toutefois pas, à elle seule, aux besoins de financement des collectivités territoriales.

Dans ce contexte, les collectivités territoriales recherchent un équilibre entre les différents modes de financement dont elles disposent et se préparent à diversifier davantage leurs sources de financement.

LA DÉSINTERMÉDIATION, UNE SOURCE DE FINANCEMENT ALTERNATIVE EN PLEIN ESSOR

Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent émettre des **billets de trésorerie** depuis la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE). Les billets de trésorerie sont des titres de créance négociable à court terme, d'une durée de 1 à 365 jours et d'un montant minimal de 150000 euros[7]. Ces titres sont émis dans le cadre d'un programme d'émission qui définit les caractéristiques communes aux billets que la collectivité souhaite émettre[8].

Les billets de trésorerie, qui s'avèrent généralement moins onéreux que les lignes de trésorerie classiques, présentent un certain nombre d'avantages pour les collectivités. Ils leurs permettent tout d'abord de diversifier les sources de financement, d'opérer des arbitrages possibles avec l'utilisation des lignes de trésorerie mais également de se familiariser avec le fonctionnement du marché obligataire et de construire leur réputation auprès des investisseurs institutionnels.

Par ailleurs, il convient de souligner que la **procédure de notation financière** préalable par une ou plusieurs agences internationales permet d'obtenir une note à court terme et, d'envisager par la suite de publier la note équivalente à long terme.

La mise en place de ce mode de financement entraine cependant un investissement initial important de la part des collectivités. En effet, la gestion d'un programme de billet de trésorerie nécessite en moyenne deux mois de préparation et requiert des moyens techniques et financiers minimaux. Le montant minimal de l'émission peut également constituer une limite, même si la mise en place du programme permet justement de multiplier les émissions, dans la limite du plafond prévu par le programme.

Les **émissions obligataires** connaissent également un véritable essor. Le nombre de collectivités ayant recours à ce type de financement demeure néanmoins limité.

Ces émissions sont effectuées le plus souvent auprès d'investisseurs institutionnels, sous forme soit de placements publics, soit de placements privés. Certaines régions ont cependant recours à **l'appel public à l'épargne**. Ce dispositif de financement auprès des particuliers n'est en effet utilisable que pour des collectivités disposant d'un volume de contributeurs potentiellement élevé. Les emprunts obligataires qui font l'objet d'un appel public à l'épargne sont soumis à une réglementation spécifique destinée à protéger les épargnants et à assurer le bon fonctionnement des marchés financiers. Les collectivités locales doivent se conformer aux règles applicables à tous les emprunteurs et à celles qui régissent l'émission de titres, l'appel public à l'épargne et, le cas échéant, l'admission à la cote, ce qui nécessite des compétences en interne ou des conseils externes[9]. Comme pour les billets de trésorerie, les émetteurs sont généralement des collectivités de taille importante en raison du coût de l'opération, de l'expertise nécessaire et du montant des titres émis, qui doit être suffisamment élevé pour amortir le coût de l'émission et attirer les investisseurs.

La création de l'**agence de financement des collectivités locales[10]** devrait également fournir une solution supplémentaire pour diversifier l'offre de financement des collectivités locales.

Il convient par ailleurs de mentionner l'expérimentation menée avec les « **Project Bonds** » qui constituent des emprunts obligataires mutualisés entre les pays de la zone euro via la BEI et doivent générer une rentabilité par eux-mêmes ou indirectement sur les économies, en vue de financer des grands projets d'infrastructure européens dans les secteurs des transports, du numérique et de l'énergie[11].

---

[1] Selon la « règle d'or » de l'article L.1612-4 du Code général des collectivités territoriales, les collectivités territoriales sont obligées d'utiliser leur autofinancement pour rembourser la dette existante, seul ce qui reste de l'autofinancement peut alors être consacré aux investissements.

[2] Cour des Comptes, La gestion de la dette publique locale, juillet 2011.

[3] André LAIGNEL, Charles GUENE, Angéline MAHEN, *Les finances des collectivités locales en 2012 : état des lieux*, Observatoire des finances locales, 03/07/2012

[4] Circulaire du 22 mars 2012 relative à la création d'une « cellule départementale de suivi de la gestion de la dette des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ».

[5] Cour des Comptes, *L'état et le financement de l'économie*, 01/07/2012

[6] Loi n° 2012-1559 du 31 décembre 2012 relative à la création de la Banque publique d'investissement.

[7] Article L.213-1 du Code monétaire et financier

[8] Le programme d'émission comporte trois documents : un dossier de présentation financière, un contrat d'agent placeur et un contrat d'agent domiciliataire.

[9] André LAIGNEL, Charles GUENE, Angéline MAHEN, *Les finances des collectivités locales en 2012 : état des lieux*, Observatoire des finances locales, 03/07/2012

[10] Cour des Comptes, *La situation et les perspectives des finances publiques*, 01/07/2012

[11] La Commission européenne a en effet obtenu qu'une expérimentation sur les Project Bonds soit lancée sur la base de 230 millions d'euros et a sélectionné des projets pilotes au cours de l'été 2012 : l'Union européenne espère ainsi lever jusqu'à 4,5 milliards d'euros pour financer cinq ou six grands projets, grâce à un effet de levier conséquent.

LES NOUVELLES PERSPECTIVES DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ

En France, la tradition du partenariat entre les secteurs public et privé est ancrée dans l'histoire : de manière concrète, pour réaliser un développement économique dans les territoires, il est nécessaire, après avoir défini le projet, de faire faire les travaux, de les financer puis d'entretenir les réalisations, tout en contrôlant les moyens financiers ainsi mis à disposition sur la longue durée.

Les partenariats public-privé (« **PPP** ») constituent autant d'outils de la commande publique qui ont pour principales caractéristiques, le transfert de la maîtrise d'ouvrage des investissements à réaliser à une personne privée et l'externalisation du financement des investissements en cause assuré par la personne privée.

On note aujourd'hui un certain nombre d'avancées et de **perspectives visant à apporter des réponses concrètes aux craintes des personnes publiques** quant au coût de ces montages et plus encore à la capacité de ces dernières à y faire face dans le contexte actuel.

Ainsi, la nécessité de recourir à une évaluation préalable des projets exposant notamment les motifs de caractère économique et financier justifiant le recours à ce type de montage a été généralisée[12]. L'intérêt d'une telle démarche est de permettre aux personnes publiques d'avoir une visibilité sur le coût de l'opération et sur sa capacité à y faire face sur le plan budgétaire.

Par ailleurs, il est désormais nécessaire de procéder à une analyse de la soutenabilité budgétaire des projets en vue d'une transparence budgétaire accrue. C'est ainsi que le décret n° 2012-1093 du 27 septembre 2012 complétant les dispositions relatives à la passation de certains contrats publics rend obligatoire pour l'État et ses établissements publics, concomitamment à la réalisation de l'évaluation préalable exigée dans les contrats de partenariat, une étude portant sur l'ensemble des conséquences de ces opérations sur les finances publiques et sur la disponibilité des crédits ainsi que sur leur compatibilité avec les orientations de la politique immobilière.

Le Code général de la propriété des personnes publiques est complété à l'article R. 2122-30 des mêmes dispositions concernant l'étude des conséquences budgétaires et immobilières des autorisations d'occupation temporaire soumises à la réalisation d'une évaluation préalable. Le décret introduit en outre la même obligation de produire une étude sur les conséquences budgétaires, pour les projets de contrats de partenariat et de baux emphytéotiques hospitaliers des établissements publics de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique.

S'agissant des collectivités territoriales, l'accent est mis sur la transparence budgétaire.

En matière de contrats de partenariat, les documents budgétaires des personnes publiques sont assortis d'une annexe retraçant l'ensemble des engagements financiers de la collectivité territoriale résultant des contrats de partenariat et d'une annexe retraçant la dette liée à la part investissements des contrats[13], étant entendu que les personnes publiques doivent également désormais inscrire dans leur bilan, à compter de la mise en service de l'équipement, l'actif faisant l'objet du contrat de partenariat ainsi que la dette correspondante au passif[14].

On observe par ailleurs une tendance à l'harmonisation des procédures de publicité et de mise en concurrence de l'ensemble des partenariats public-privé ainsi qu'une volonté, particulièrement s'agissant des contrats de partenariat, de simplifier et notamment de modéliser juridiquement et financièrement les projets réalisés sous cette forme ce qui devrait favoriser leur financement[15].

LES COFINANCEMENTS PUBLIC-PRIVÉ, DES MODES DE FINANCEMENT À DÉVELOPPER

Les collectivités territoriales (communes, départements, régions notamment) peuvent créer des **Sociétés d'économie mixte locales (« SEML »)** afin de bénéficier de l'apport de capitaux privés toute en conservant le contrôle de ces sociétés anonymes[16]. Contrairement aux SPL, le champ d'action territorial des SEML n'est pas limité et elles peuvent intervenir pour d'autres clients que leurs actionnaires ainsi que pour leur propre compte. Ces sociétés ne peuvent pas se voir attribuer un contrat par les collectivités qui les possèdent sans mise en concurrence préalable, dès lors qu'il est considéré qu'une personne publique n'exerce pas sur une entité d'économie mixte un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qu'une telle entité ne réalise pas l'essentiel de ses activités avec elle[17], en raison de la participation, même minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital de la société[18].

Le **Partenariat public privé international (« PPI »)** est une formule consistant à faire entrer un operateur privé dans le capital d'une société d'économie mixte mettant en œuvre une mission d'intérêt général ou à créer avec un tel opérateur une structure dédiée à capital mixte à laquelle une mission de ce type est assignée. Cette formule est issue du droit européen : la commission ayant entendu, en 2008, encadrer l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux PPPI[19] et la Cour de Justice des Communautés européennes ayant validé en 2009 un montage aux termes duquel une collectivité a conclu un contrat de concession avec une entité mixte dédiée, en mettant en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence unique au stade de la constitution de cette entité, c'est-à-dire à l'occasion du choix du partenaire privé[20]. Le Conseil d'État a rendu un avis sur ces mécanismes, aux termes duquel il privilégie le montage consistant à créer une structure dédiée[21].

---

[12] Cette obligation existe pour les contrats de partenariat des collectivités territoriales et de l'État (article L. 1414-2 du CGCT ; article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat), les baux emphytéotiques administratifs des collectivités territoriales (dans les conditions prévues aux articles R. 1311-1 et suivants du CGCT ; voir également l'article D. 1615-7 du CGCT) et les autorisations d'occupation temporaire du domaine public de l'État (article R. 2122-30 du Code général de la propriété des personnes publiques).

L'intérêt de cette formule est ainsi, à l'issue d'une procédure de mise en concurrence unique :

- soit de permettre à un opérateur privé de prendre une participation dans une société préexistante à capital mixte ou à capital public exclusif et de participer directement à l'exécution de missions confiées par contrat à ladite société,
- soit de créer une société dédiée, à laquelle un contrat est attribué concomitamment à la sélection d'un operateur privé destiné à devenir coactionnaire de la personne publique.

Il conviendrait dès lors que le législateur intervienne pour stabiliser le cadre juridique des PPPI et ainsi favoriser le recours à ce dispositif par les collectivités territoriales. La nécessité pour les collectivités territoriales de détenir la majorité du capital des SEML freine le lancement de véritables PPPI. La France est ainsi le seul pays de l'Union européenne à avoir encadré la participation des collectivités territoriales au capital des SEML.

Enfin, la formule des **sociétés locales de partenariat** envisagée et encore à l'état de projet[22] consisterait dès lors à permettre la constitution de sociétés anonymes, dont le régime et le champ d'intervention seraient similaires à celui des SEML, mais dont le capital serait détenu majoritairement par des actionnaires autres que les collectivités territoriales, étant entendu que les participations publiques seraient au minimum de 34 % garantissant ainsi une minorité de blocage et un contrôle effectif des décisions essentielles[23].

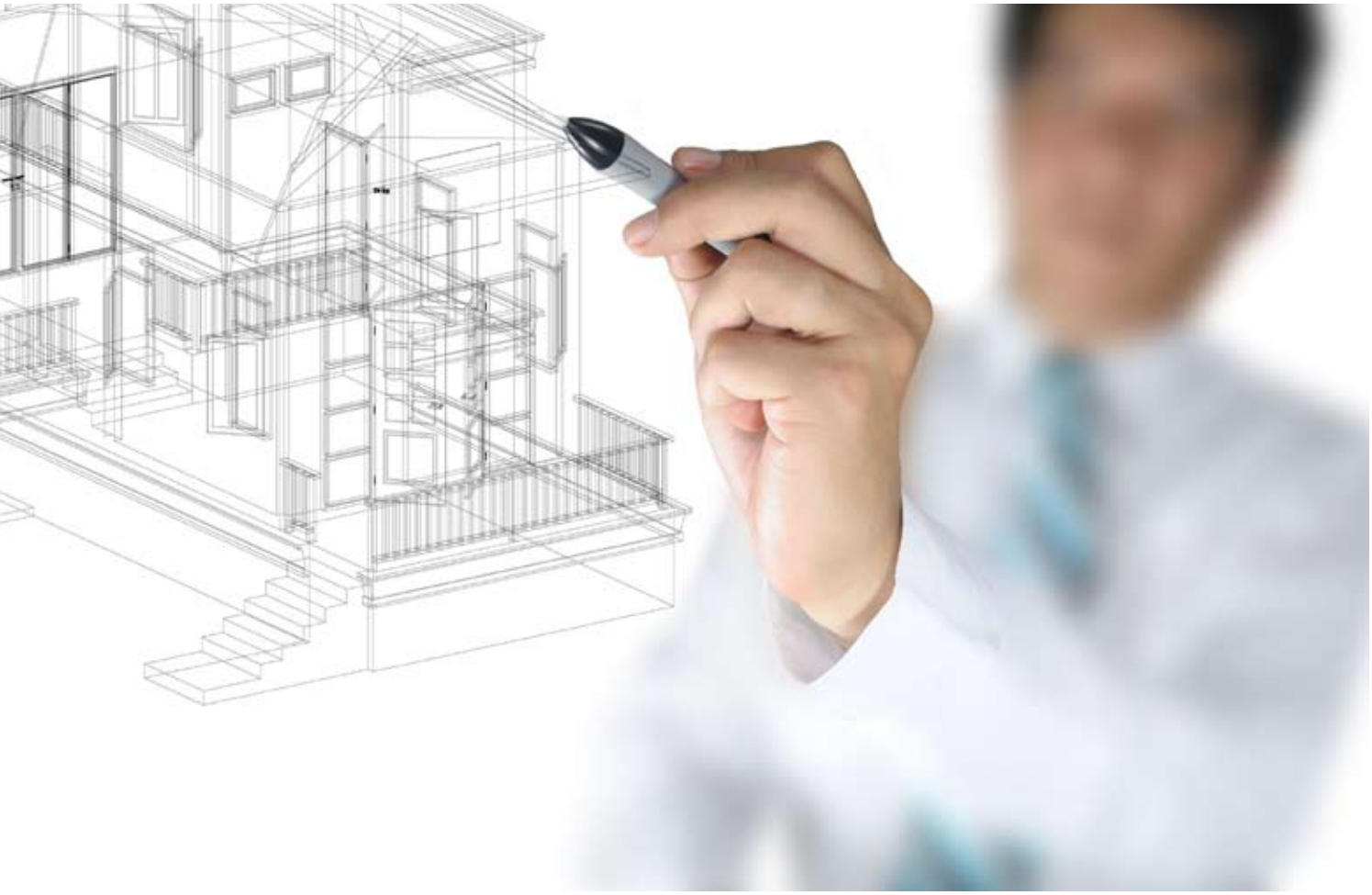
Cette formule permettrait de favoriser le co-investissement public-privé en donnant aux élus locaux les moyens d'accélérer leurs programmes d'investissement, notamment dans les domaines de l'habitat durable, de l'énergie, de l'environnement et des équipements publics structurants et en permettant aux actionnaires privés de devenir partenaires des collectivités en partageant avec elles les ressources, les risques et les profits des différents projets. ■

[13] Article L. 2313-1 du CGCT.
[14] Arrêté du 16 décembre 2010 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 14 applicable aux communes et aux établissements publics communaux et intercommunaux à caractère administratif.
[15] Voir notamment, à cet égard, les nombreux clausiers types de la Mission d'appui aux partenariats public-privé publiés sur le site du ministère de l'Économie : http://www.economie.gouv.fr/ppp/accueil.
[16] CGCT, art. L. 1521-1 et suivants et R. 1524-1 et suivants.
[17] CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, Teckal, point 50.
[18] CJCE, 11 janv. 2005, aff. C-26/03, Stadt Halle, point 49.
[19] Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), Com (2007) 6661, 5 février 2008 : JOUE n° C91, 12 avril 2008.
[20] CJCE, 15 oct. 2009, aff. C-196/08, Acoset SpA c/ Conférenza Sindaci et Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa.
[21] CE, Sect., Avis n° 383264, 1er décembre 2009.
[22] Proposition de loi tendant à créer des sociétés locales de partenariat déposée en juillet 2009 par Jean-Léonce Dupont, sénateur ; colloque du 28 octobre 2010 au Sénat, sous la présidence de Jean-Léonce Dupont, vice-président du Sénat, et de Grégory Berkovicz, avocat.
[23] Parmi les autres garanties offertes aux personnes publiques, on mentionnera notamment la soumission des SLP aux obligations de communication imposées aux SEML de même qu'au double contrôle du préfet et de la Chambre régionale des comptes.

GB2A
AVOCATS

MARCHÉ DE CONCEPTION-RÉALISATION MODE D'EMPLOI

Par **David-André CAMOUS**,
Avocat GB2A, maître de conférences, SciencesPo, directeur du bureau de Lyon



L'article 37 du code des marchés publics définit le marché de conception-réalisation comme « un marché de travaux qui permet au pouvoir adjudicateur de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux ».

Si, le pouvoir adjudicateur est soumis à la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, sur la maîtrise d'ouvrage publique, dite loi MOP, il n'a en principe pas le droit de recourir à ce type de marché, sauf à faire application de l'exception figurant à la suite du dit article. Il devra alors justifier qu'« *un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage* ».

1 – Des motifs d'ordre technique jurisprudentiellement injustifiables L'article de préciser que les motifs d'ordre technique « *sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. Sont concernées des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des opérations dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques.* »

Cet effort de précision louable n'a pourtant pas porté ses fruits. En effet, la majorité des jurisprudences relatives à ces conditions dérogatoires ont condamné le recours au marché de conception-réalisation. Dans un arrêt du 28 décembre 2001, le Conseil d'État a exclu ce type de marché à des travaux d'extension et de restructuration d'un collège[1]. Il a réitéré ce refus dans un arrêt du 8 juillet 2005 concernant la réalisation d'un atelier-relais pour dirigeables[2]. De la même manière, la Cour administrative d'appel de Nancy, dans une décision du 21 octobre 2004, n'a pas retenu le motif d'ordre technique pour la construction de la tribune d'une enceinte sportive sur un site difficile[3]. Plus récemment, la CAA de Marseille a jugé le 7 juillet 2008 que ni les caractéristiques de l'ouvrage, et en particulier sa finalité d'hébergement de services administratifs, ni des difficultés techniques particulières, « *nonobstant la particularité tenant à l'intégration d'anciens bâtiments pénitentiaires dans*

l'ouvrage », ne justifiait le recours à la procédure propre aux marchés de conception réalisation[4].

Ainsi, dans aucune décision, le juge n'a validé la nécessité du recours au marché de conception-réalisation. À la lecture de ces jurisprudences, on ne peut qu'encourager les pouvoirs adjudicateurs à la plus grande prudence. En effet, le recours au marché de conception-réalisation pourrait bien constituer un vice « *d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat et que le litige qui oppose les parties ne doive pas être tranché sur le terrain contractuel*[5] ». Le constat de l'irrégularité du contrat conception-réalisation, pourrait révéler le caractère illicite du contenu du contrat. « *Ayant été conclus en violation de l'article 7 précité de la loi du 12 juillet 1985, en ce qu'il prévoit que pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle d'entrepreneur , le marché et ses avenants sont nuls*[6] ». Il n'est donc pas exclu qu'en cas de litige dans l'exécution du contrat, une des parties soulève l'illégalité du recours au marché de conception-réalisation et obtienne la nullité du contrat, entrainant, le cas échéant, la poursuite du litige sur le terrain extra-contractuel. Ceci soulèvera, notamment, toutes les difficultés et les incertitudes relatives à l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause.

2 – Un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique envisageable

Depuis 2011, le marché de conception-réalisation semble à nouveau envisageable dans une relation contractuelle sécurisée. Le pouvoir adjudicateur peut maintenant justifier « *un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique* », ce qui est en l'occurrence facile à inclure dans un contrat. L'article 11 du décret du 25 août 2011 ne fixe pas, en l'espèce, de seuil minimal de performance énergétique à atteindre pour avoir recours au marché de conception-réalisation. La seule contrainte réside dans la définition des critères de performance énergétique à atteindre.

Très critiquée par les architectes, cette nouvelle disposition dérogatoire à la loi MOP permettrait théoriquement un recours généralisé au marché de conception-réalisation, dans la mesure où dans la majorité des travaux soumis à la MOP sont facilement éligibles à des critères performances énergétiques.

Ceci dit, sous réserve que le juge administratif ne fasse pas une interprétation restrictive du texte, comme il a pu le faire pour les motifs d'ordre technique.

Une dernière chose importante. Lorsque le pouvoir adjudicateur recourt au marché de conception-réalisation-entretien-maintenance (C/REM), si ce marché « *comprend la réalisation de travaux qui relèvent de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, l'entrepreneur ne peut être associé à la conception que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans un ou des bâtiments existants, ou pour des motifs d'ordre technique tels que définis à l'article 37* ».

Ainsi, dans un marché C/REM l'association du concepteur à l'entrepreneur ne pourra se faire en toute sécurité juridique que sur des critères de performance énergétique et uniquement pour des travaux de réhabilitation[7]...

Une fois de plus, l'illustration de la complexité juridique du droit des marchés publics français est faite! ■

[1] CE, 28 décembre 2001, n° 221649, Conseil régional de l'Ordre des architectes d'Auvergne.
[2] CE, 8 juillet 2005, n° 268610, Communauté d'agglomération de Moulins
[3] CAA de Nancy, 21 octobre 2004, n° 00NC00373, Conseil régional de l'ordre des architectes de Lorraine
[4] CAA de Marseille, 7 juillet 2008, n°06MA00792, Assistance publique des hôpitaux de Marseille
[5] Conseil d'État, n° 332330, 19 janvier 2011, SYNDICAT MIXTE POUR LE TRAITEMENT DES RESIDUS URBAINS
[6] CAA de Lyon, n° 06LY00786, 26 novembre 2009, SOCIETE PYGMALION SA
[7] *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 45, 7 Novembre 2011, 2351, « Les marchés publics de performance énergétique ont-ils un avenir ? »

GB2A INGÉNIERIE

L'ÉCONOMIE VERTE EN TEMPS DE CRISE : COMMENT VERDIR L'INVESTISSEMENT

Par **Virginie THÉVENOT**, GB3E

Plusieurs crises simultanées ont surgi ou se sont accélérées au cours de la décennie écoulée : climat, biodiversité, énergie, denrées alimentaires, eau et tout récemment la crise du système financier et l'économie mondiale toute entière. Le choc des prix des combustibles de 2008 et la flambée des prix des denrées alimentaires et des matières premières qui en a découlé constituent des signes manifestes de faiblesses structurelles et de risques toujours présents. La hausse de la demande prévue par l'Agence internationale de l'énergie (AIE) et d'autres observateurs pour remettre l'économie mondiale sur la voie de la reprise et de la croissance augure une persistance de la dépendance au pétrole et à d'autres combustibles fossiles ainsi que d'une forte hausse des prix de l'énergie.

Aujourd'hui, en France comme dans l'ensemble des pays de l'OCDE (Déclaration sur la croissance verte, réunion ministérielle du Conseil de l'OCDE, juin 2009) ou au sein de l'Union européenne (Projet de stratégie économique européenne « UE 2020 »), l'évolution vers une « économie verte[1] » est perçue comme un enjeu essentiel. Depuis le Grenelle, la politique économique de la France a connu une rupture importante : d'une contrainte perçue comme pesant sur l'économie, la protection de l'environnement est devenue une opportunité d'investissement potentiellement génératrice de croissance et d'emplois.

Il s'agit de construire un système économique qui, à long terme, utilise moins ou mieux la ressource énergétique et les matières premières non renouvelables, une économie à la fois sobre et décarbonée, soit en émettant beaucoup moins de gaz à effet de serre, ou en privilégiant les écotechnologies[2].

Engagée en 2007 dans un contexte économique favorable, certains ont pensé que cette politique au service de la protection de l'environnement et de la croissance verte allait être différée du fait de la crise économique et financière de 2008. En fait, loin de freiner la mutation en cours, la crise a au contraire accéléré l'engagement de l'État en faveur de la construction d'une économie verte.

La fiscalité, les incitations et plus largement les signaux-prix (y compris tarifs de rachat, certificats...), sont ainsi devenus des outils majeurs pour orienter les choix individuels des consommateurs et les décisions d'investissement des entreprises et des collectivités pu-

[1] Le Programme des Nations unies pour l'environnement ou PNUE définit l'économie verte dans les termes suivants : « *une économie qui engendre une amélioration du bien-être humain et de la justice sociale, tout en réduisant sensiblement les risques environnementaux et les pénuries écologiques* ».
Elle recouvre toutes les activités économiques respectueuses de l'environnement dans des secteurs traditionnels (comme le bâtiment, les transports ou l'agriculture) ou de nouveaux secteurs (tels que le recyclage et la valorisation énergétique des déchets).

[2] L'ensemble des technologies dont l'emploi est moins néfaste pour l'environnement que le recours aux techniques habituelles répondant aux mêmes besoins ; qui pratique la production et la consommation responsables, pense les productions en termes de cycle de vie ; dans laquelle les transports sont raisonnés, les villes durables, les territoires pensés et gérés globalement selon un mode de développement durable ; qui protège et rétablit les services écosystémiques rendus par l'eau, les sols, la biodiversité ; qui évalue les effets des décisions sur les générations futures.

bliques vers des produits et procédés respectant mieux les contraintes environnementales.

Toutefois, les chiffres trahissent les ambitions politiques : selon une étude du Commissariat général du développement durable (CGDD) de mai 2012, l'ensemble des filières ne représentent encore que 2 % du PIB. Fin 2010, l'économie verte a généré un excédent commercial de 1,1 milliard d'euros (6,1 milliards d'exportations pour 5 milliards d'importations). « Le socle historique », ainsi que le nomme le CGDD, constitué des « filières les plus matures » des industries de l'environnement, comme l'eau, la gestion des déchets ou le traitement des pollutions ont peu progressé voire régressé (-3 % en moyenne annuelle dans le secteur de la pollution de l'air), sous la pression d'une concurrence internationale forte, notamment de la Chine et du Moyen-Orient.

Il faut mettre en place urgemment de nouvelles conditions favorables à la transition vers une économie verte pour lier durabilité environnementale et progrès économique. La lutte contre l'inefficacité énergétique et la dispersion des ressources impliquent des investissements conséquents (construction de réseaux, réindustralisation et création d'emplois) et représentent une opportunité pour sortir de l'impasse économique. En revanche, il faut être en mesure de supporter le coût de ces investissements initiaux. Ces investissements doivent être catalysés et appuyés par des dépenses publiques ciblées, une réforme des politiques et des modifications de la réglementation. L'investissement privé constitue un apport indispensable à la relance écologique. Face à une pression accrue sur les fonds publics, l'investissement privé et la finance sont des clés incontournables pour mettre en place un financement soutenable et réussir le challenge du financement des infrastructures vertes. Cependant, de nombreux éléments freinent l'engagement du secteur privé dans la lutte contre les changements climatiques. Les investisseurs ne sont pas familiers des opportunités d'investissement dans les technologies sobres en carbone et les infrastructures résilientes aux changements climatiques. Un obstacle supplémentaire tient à la nature des technologies et infrastructures citées, qui impliquent un capital initial conséquent avec un retour sur investissement faible et à très long terme.

Pour illustrer l'impact que la crédibilité des politiques publiques peut avoir sur la mobilisation des investissements privés, on peut citer l'exemple de la signature du protocole de Kyoto en 1997. Les investissements privés dans les secteurs des technologies décarbonées (énergies solaires et photovoltaïques, voitures hybrides et électriques, etc) ont augmenté de façon exponentielle grâce à la coordination des politiques globales.

La transition vers une économie verte requiert de réunir des conditions favorables spécifiques qui relèvent du domaine des réglementations, des politiques, des mesures incitatives, du marché international, de l'infrastructure juridique, et des accords de commerce et d'aide. La mise en place en France du Plan Bâtiment Grenelle et l'incitation à la mise en œuvre de Contrats de performance énergétique pour sur bâtiments publics font de l'initiative publique une exemplarité – certes encore insuffisante – mais remarquable. ■

PPP : PETITS ÉQUIPEMENTS OU GRANDES INFRASTRUCTURES

Par **Éric LEPONT**, GB4P

Les partenariats publics-privés, et les contrats de partenariat en particulier, constituent un mode de commande publique permettant d'associer le secteur privé au financement d'ouvrages, au sens large, publics. Cette association de compétences permet de répartir les risques entre les partenaires mais aussi de bénéficier du savoir-faire technique spécifique aux ouvrages souhaités apporté par le partenaire privé face à des personnes publiques souvent plus généralistes et dont le cœur de l'activité est davantage les prestations de services publics (constat également pour le secteur privé ou l'immobilier est souvent un accessoire mais pas le cœur du métier).

Le recours à cette association, quelque soit sa forme, repose sur le savoir-faire existant ou futur de la personne publique dans la réalisation des ouvrages voulus. Ce savoir-faire est tributaire de l'expérience acquise et des moyens possibles. Chaque entité publique a donc vraisemblablement un niveau de savoir faire plus ou moins important selon ses besoins, ses ressources et son expérience. Et chaque décideur public a son propre jugement sur les capacités de ses équipes à réaliser de manière satisfaisante les nouveaux équipements souhaités.

Du coté privé, et en particulier du point de vue du financement de projet, la tendance, bien que de moins en moins persistante, est de considérer que la complexité et la taille sont souvent les deux pré-requis pour intervenir dans la réalisation d'équipements publics.

Une autre particularité des PPP est de prévoir dans le futur le sort de l'ouvrage public et donc, nécessairement, d'envisager les coûts futurs des ouvrages ainsi que les recettes potentielles de couverture de ces coûts. La maintenance des ouvrages, avec ou sans mises aux normes, est typiquement un poste auquel le partenaire privé doit s'attacher. Cette vision à long terme chiffrée de la vie d'un ouvrage n'est pas toujours présente, même si elle est nécessairement abordée, dans les anticipations de la personne publique. En témoignent la vétusté et/ou la vacance de bon nombre d'équipements publics issus de l'absence d'anticipation de budget pour la conservation du bon état des ouvrages.

Ainsi, s'il apparait évident que les grandes infrastructures, de part les montants importants des coûts qu'elles génèrent, nécessitent d'associer des partenaires privés et publics pour multiplier les pistes de réflexion pour rassembler les meilleures conditions possibles, il n'en demeure pas moins que des projets apparemment simple (bâtiments) et pour des montants modestes peuvent aussi faire l'objet d'une ingénierie commune afin, là aussi, de rassembler les meilleures conditions possibles. Et pour un projet public où l'investissement est restreint, rassembler les meilleures conditions n'est pas toujours une question de maitrise des coûts. Ca peut être un investissement majeur au regard du budget d'investissement de la personne publique, ou de ses besoins par rapport aux compétences de ses équipes (par exemple un nouvel ouvrage réalisé parce qu'inexistant sur le territoire de la personne publique), ou par choix de demeurer généraliste et de se reposer sur des tiers sachant pour la réalisation et la gestion de l'ouvrage, ou pour accélérer (ou de rattraper le niveau) des réalisations indispensables alors que les équipes sont inexistantes ou déjà saturées sur des ouvrages en cours, ou pour assurer une bonne maîtrise budgétaire à long terme sur les coûts futurs de l'ouvrage, ou tout autre critère (garantir une performance dans la durée, etc.).

En conclusion, et d'après les opérations sur lesquelles GB4P a pu travailler, le choix du recours au PPP ne se résume pas à la taille et à la complexité du projet. Cela reste finalement le choix du décideur appuyé par sa compétence, ses équipes, ses moyens (humains et financiers) et ses priorités. La vision à long terme de l'utilisation de l'ouvrage public doit être peut-être plus systématiquement intégrée dans la réflexion, en particulier dans l'anticipation budgétaire. Le choix des conseils en support du décideur public est sans doute plus important en amont du projet pour lui permettre d'appréhender toutes les contraintes et toutes les solutions possibles pour réaliser son projet. Dans le domaine du choix des conseils, il y a vraiment une attention particulière à avoir, et un savoir-faire impératif, car c'est le premier investissement important permettant d'éviter, selon la qualité du conseil, des erreurs ou des complications coûteuses. ■

GB2A AVOCATS

RISQUE CONTENTIEUX ET CONTRAT DE PARTENARIAT

Par **Clémence LAPUELLE**, GB2A

L'intervention d'un recours contre le contrat de partenariat ou ses actes détachables fait partie des risques principaux qui existent dès son commencement d'exécution voire même avant sa signature. Ces recours sont d'autant plus contraignants dans le cadre des montages contractuels complexes car ils paralysent tant l'obtention des financements auprès des organismes bancaires que la réalisation des prestations. En effet, les établissements financiers qui interviennent comme prêteurs subordonnent toujours le tirage sur la dette de la purge des recours contre le contrat. Dans l'hypothèse de financement du projet sur fonds propres du titulaire, ce dernier pourrait voir le contrat annulé en cours de conception ou de réalisation des travaux sans avoir encore touché les loyers versés par la personne publique. Plusieurs solutions ont alors été envisagées afin de limiter les effets de ces recours.

Il est tout d'abord possible d'insérer des conditions suspensives dans le contrat de partenariat qui permettent de suspendre l'exécution du contrat tant que le jugement n'est pas intervenu. Néanmoins, cette solution qui semble tout à fait envisageable pour un recours en référé, présente un inconvénient majeur dans le cadre d'un recours au fond qui retarderait l'exécution du contrat de plusieurs mois voire plusieurs années.

En second lieu, il est possible de prévoir des « clauses de rendez-vous » en cas de recours contentieux afin que les parties se concertent pour analyser le risque contentieux et décident ou non de poursuivre le contrat et dans quelles conditions. Dans cette hypothèse, la personne publique a également la possibilité d'imposer au titulaire du contrat de partenariat de poursuivre l'exécution du contrat mais dans ce cas elle devra prévoir les conditions de son indemnisation si le juge devait être amené à annuler le contrat. Les conséquences financières pour la personne publique seraient alors assez lourdes puisqu'elle devrait indemniser le titulaire du coût de l'investissement mais également du coût de financement de cet investissement alors même que l'ouvrage ne serait pas terminé.

En troisième lieu, le contrat peut également prévoir une « clause ville de Nice » qui impose au titulaire du contrat de partenariat de renforcer le volume des fonds propres ou bien d'obliger la personne publique d'apporter une partie du financement comme l'autorise les articles L. 1414-1 et D. 1414-9 du code général des collectivités territoriales, lorsque les investissements dépassent 40 millions d'euros hors taxes.

En quatrième et dernier lieu, les parties peuvent passer ce qu'on appelle un « accord autonome » tripartite qui aurait pour objet :

- de prévoir les droits et obligations des parties (personne publique, titulaire et établissements financiers) en cas d'annulation du contrat de partenariat ;
- d'indemniser le titulaire afin de couvrir intégralement les sommes dues en raison de l'exécution du contrat ;
- de prévoir la cession de l'indemnité au profit des banques créancières en contrepartie de leur renonciation à la suspension des tirages.

Par analogie avec les accords autonomes qui tendent à régler les modalités d'indemnisation du crédit bailleur par la personne publique en cas de fin anticipée de la délégation de service public, les accords autonomes des contrats de partenariat auraient pu être qualifiés de contrat de droit privé[1]. Néanmoins, le juge administratif a, après avoir reconnu la licéité de l'objet de tels accords, déclaré qu'il s'agissait **de « *contrats accessoires au contrat de partenariat* » qui relèvent par conséquent de la compétence du juge administratif[2]**. Il précise également que l'annulation du contrat principal n'empêche pas l'application de ces accords : « *de même qu'elle pourrait le faire pour régler par voie de transaction les litiges relatifs au montant de l'indemnité due au cocontractant dont le contrat a été annulé, rien ne s'oppose à ce que les parties s'entendent à l'avance sur les modalités d'un règlement d'indemnisation en cas d'annulation contentieuse ; qu'ainsi, l'objet de ce contrat, qui a été conclu dans l'intérêt du service public pour permettre l'exécution du contrat de partenariat malgré un recours contentieux, n'est pas illicite* ». Enfin, le juge qualifie les frais financiers liés au financement des investissements réalisés par le partenaire de « *dépenses utiles* » qui peuvent donc faire l'objet d'une indemnisation par la personne publique.

La jurisprudence du tribunal de Bordeaux pourrait donc, si elle est confirmée par le Conseil d'État dans d'autres affaires, permettre de limiter le risque d'un recours contentieux et s'imposer aux parties même si le contrat de partenariat fait l'objet d'une annulation. Pour éviter toute contestation sur l'application de cet accord qualifié « *d'accessoire au contrat de partenariat* », il pourrait être conclu un simple protocole transactionnel qui porterait sur le litige à venir entre la personne publique, le titulaire et l'organisme financier concernant les modalités de financement et d'indemnisation des frais engagés. Ce protocole aurait également pour objet de prévoir des concessions réciproques, à savoir la renonciation à toute action judiciaire. ■

[1] TC, 31 mars 2005, n°3436, Slibail Énergie c/ Ville de Conflans-Sainte-Honorine ; Cass, 1er civ, 28 mai 2008, 07-17.648, Cne de Draveil.
[2] TA Borderaux, 19 décembre 2012, n° 1105079, Rouveyre.

LES ACTUALITÉS DU CABINET GB2A

NOS PROCHAINES FORMATIONS

« **Les partenariats publics-privés** », *Le Moniteur*, Me Marques, Communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise, 6 et 7 juin 2013.
« **Les étapes de la mise en place d'un PPP** », cas pratiques, Me Marques, Formation *Le Moniteur*, Paris, 12 juillet 2013.

COLLOQUES / CONFÉRENCES

Le cabinet GB2A a été le partenaire de Dii lors de son 12e Forum annuel « PPP 2013 », les 12 et 13 juin 2013 à Paris.
Bilan des évolutions fiscales et financières appliquées aux PPP: impact sur la contractualisation.
Loi de Finance 2013, Bâle III, normes comptables, nouveaux outils de financement
Par Sandrine Landrix, Avocat Département Banque et Finance.

Development institute international
12e Edition Annuelle
Forum PPP 2013
Les 12 et 13 juin 2013, La Maison des Centraliens, Paris

Le Cabinet GB2A a été le partenaire des 30 ans du Forum pour la gestion des villes et des collectivités territoriales (11 juin 2013)
http://www.forumgv.com/

« Maitrise des risques, transition énergétique :
projeter la collectivité territoriale comme modèle responsable »
Philippe Dallier, Sénateur Maire des Pavillons-sous-Bois,
Bernard Susini, Troisième adjoint au maire de Marseille en charge de l'environnement,
Grégory Berkovitch, Avocat associé fondateur de GB2A
Modérateur : Mathieu Séguran, Directeur de Conjuguer

NOS DERNIERS OUVRAGES / ARTICLES

› « **Le projet de directive européenne sur l'attribution des concessions : actualité et perspectives** », Me Béatrice Majza *PPP Mag*, avril-juin 2013.
http://www.club-ppp.org/
› « **On est revenu à une certaine sérénité quant à l'usage de l'outil PPP** », Me Grégory Berkovicz, le *Magazine des Affaires*, juin 2013.
http://www.magazinedesaffaires.com/

› Suivez GB2A sur Linkedin.com

ZOOM SUR LE CABINET

› **Classement du *Magazine des Affaires* de juin 2013**

› Classement 2013 des conseils juridiques en projets Greenfield
Le Cabinet GB2A est le second Cabinet au niveau national en volume d'affaires.

› Classement 2013 des conseils financiers (PPP, concessions et DSP)
La Société Juristatis est classée 3e en volume d'affaires au niveau national.

CONTACTEZ-NOUS

Tél. 02 31 29 19 80 ou
secretariat@gb2a.fr

Toutes ces infos et articles (et + encore) sur

www.gb2a.fr